rath zum geheimen Hofrathe gestempelt, weil der Pfarrer diesen Titel in das Pfarrbuch aufnahm.

§. 16.

Wenn nun nach der beschränkten Beweiskraft der Pfarrbücher die §. 12 — 14 angedeuteten Verhältnisse in den Gerichten zur Sprache kommen und Beweis darüber zu liefern ist, so wird bei dem Mangel von Urkunden solcher nur durch Zeugen erbracht werden können. Die Eltern, Verwandte und Bekannte, so wie die Zeitgenossen, welche über die Zeit der Geburt oder des Todes einer Person, über deren Geschlecht, Abstammung und Legitimität Wissenschaft haben, sind es, auf deren eidliche Aussagen das Urtheil gebaut werden muß. Eine andere Wahl bleibt wohl hier nicht übrig. Ich verkenne dabei nicht, daß der Stand der Personen hiedurch sehr gefährdet ist und es oft unmöglich bleiben wird, vollständigen Beweis zu liefern. Allein darüber haben wir nur die Vorzeit anzuklagen, welche für die Rechte der Nachkommenschaft so wenig Sorge trug.

III.

Schließt der Ausbruch des Concurses die Einrede der Excussion aus?

Vom
Herrn Regierungs- und Consistorialrathe Friedrich Chop
in Sondershausen.

§. 1.

Es liegt in dem Begriffe und Zwecke eines jeden Concurses, daß zwar Vermögen vorhanden sey, daß dasselbe aber nicht hinreiche, um alle Schulden des Cridars völlig

zu bezahlen. Von der Eigenthümlichkeit des einzelnen Falles hängt es ab, ob sämmtliche Gläubiger nur einen Theil, oder ob Einige das Ganze ihrer Forderungen erhalten, während Andere vielleicht gar nichts empfangen. Gehören nämlich die Liquidanten ohne Unterschied und ohne ein gegenseitiges Vorzugsrecht in eine und dieselbe Classe, so theilen sie nach Verhältniß der Größe ihrer Ansprüche. Außerdem ordnen sie sich nach Maaßgabe der Priorität. Dort erhalten sie insgesammt eine, freilich keineswegs vollständige, Befriedigung, hier aber kann leicht der Fall eintreten, daß ein vorangestellter Liquidant gar nichts einbüßt. Erschöpft er die ganze Masse, so bleibt für die nachstehenden Gläubiger nichts übrig, wo nicht, so können Einige, vielleicht Alle doch einen Theil ihrer angemeldeten Forderungen erlangen.

§. 2.

Welches dieser verschiedenen Schicksale dem einzelnen Liquidanten bevorstehe, das läßt sich beim Anfange eines Gantprocesses durchaus nicht, auch nur mit einiger Sicherheit, beantworten. Die eine Möglichkeit liegt hier so nahe, als die andere. Häufig wissen weder die Gläubiger, noch das Gericht im Voraus, mit wem jene concurriren oder collidiren werden; denn abgesehen davon, daß die Angaben des Gemeinschuldners verdächtig zu seyn pflegen, und daß er bisweilen absichtlich verschiedene seiner Schulden verschweigt, so ist ja auch dann, wenn er sich auf flüchtigen Fuß begeben hat, oder eine unzulängliche Erbschaft vorliegt, auf diesem Wege keine Auskunft zu erhalten. Es wird also größtentheils nichts weiter übrig bleiben, als den Erfolg des präjudiciellen Liquidationstermins und die Rechtskraft des Präclusivbescheides abzuwarten. Nach diesen Zeitpuncten steht allerdings in der Regel fest, wer sich gemeldet hat und auf wie hoch sich die angezeigten Forderungen belaufen. — Damit allein ist's jedoch nicht abgethan; denn nun

muß ja erst der Rechtsbestand und die Wahrheit derselben geprüft werden. Läßt sich in beiden Hinsichten entweder gleich Anfangs nichts erinnern, oder ist etwaigen Beweisauflagen genügt worden, dann wird erst mit juristischer Zuverlässigkeit das gegenseitige Verhältniß der liquidirten Ansprüche in Bezug auf ihre Stellung zu einander und folgeweise bei einer Vergleichung des Massebestandes, ihre Realisirbarkeit definitiv zu übersehen seyn, mag auch hierüber schon früher das Locationsurtheil das Nöthige eventuell bestimmt haben.

§. 3.

Was die Liquidität betrifft, so kann dieselbe bei dem Einen Schwierigkeiten haben, bei dem Andern nicht. Dort gesteht der Contradictor die Wahrheit und Richtigkeit des Anspruchs unumwunden ein, hier läugnet er denselben ab oder schützt Einreden vor. Der Beweis läßt sich bald leichter, bald schwerer führen. In gleicher Art verhält es sich mit der Beseitigung der Einreden. Folglich ist es im Concursprocesse völlig eben so, wie in jedem andern Rechtsstreite. Auch der in letzterm eingereichten schlüssigen Klage kann kein Dritter im Augenblicke ihrer Uebergabe ihren mehr oder minder glücklichen und schnellen Ausgang voraussagen, ja dies ist nicht einmal immer möglich, nachdem bereits der Verklagte darüber gehört worden ist.

Eben so verhält es sich auch mit der Priorität. — Hier wird dieselbe ohne Weiteres eingeräumt, dort muß sich ein Gläubiger erst durch mühsamen Beweis und durch ein Labyrinth von Rechtsmitteln herausarbeiten, ehe er — wenn es anders nur geschieht — das gesteckte Ziel erreicht.

§. 4.

Das Bild von den Gründen und Umständen, weßhalb das Schicksal der einzelnen Liquidanten im Voraus nicht zu bestimmen ist, trifft auch zu, wenn ein Gemälde des

ganzen Concursprocesses entworfen werden soll. Im Allgemeinen läßt sich nämlich gewiß nicht behaupten, daß jedes Gantverfahren verwickelt seye oder auch nur lange dauern werde. Die Ermittlung und Feststellung der activen und passiven Masse, so wie der factischen und rechtlichen Beziehungen, erfolgt eben so oft, ja erfahrungsmäßig noch weit öfterer ohne Zeitverlust, Kostenaufwand und Verwicklung, als das Gegentheil Statt findet. Deßhalb hängt es immer vom concreten Falle ab, ob überhaupt Unannehmlichkeiten irgend einer Art, vielleicht mehr als gewöhnlich vorhanden sind, und ob wohl gar eine Einbuße Diesen oder Jenen treffen werde. Allerdings ist es verdrießlich, daß der Gläubiger in Folge des eröffneten Concurses die Hülfe des Richters suchen muß, und ohne dieselbe zu seinem Rechte nicht gelangen kann; allein eine solche Unbequemlichkeit und die mit dem Streiten vor Gericht nothwendig verknüpfte Gefahr trifft ihn in gleichem Maaße, wenn er außerhalb des Concurses zur Anstellung einer Klage genöthigt ist. Ob dieselbe für ihn hier oder dort größer sey, das hängt oben gezeigtermaßen von den besondern Verhältnissen des einzelnen Falles ab.

§. 5.

Oft gibt auch erst die Einziehung von Außenständen, mit deren Beitreibung sich der Güterpfleger bisweilen Jahre lang beschäftigen muß, den Ausschlag. Mehrt sich nämlich dadurch die Masse, so gewinnt nunmehr mancher Liquidant, der sonst vielleicht völlig ausgeschlossen gewesen wäre, die Aussicht zu seiner gänzlichen oder theilweisen Bezahlung. Aber auch hierin liegt keine Eigenthümlichkeit des Concursprocesses; denn wie mancher Schuldner muß nicht auch erst auf gleichem Wege die Mittel zu seiner Solvenz und zur Befriedigung seiner Gläubiger gewissermaßen die Executionsobjecte, die materiellen Bedingungen zur Abwendung eines außerdem bevorstehenden Concurses, herbeischaffen. Unbedingt kann

man gewiß nicht behaupten, daß ihm dies leichter seyn oder daß er es besser besorgen werde, als bei dem Güterpfleger unter gleichen Verhältnissen der Fall seyn würde.

§. 5.

Aus dieser wahrheitsgemäßen und einfachen Entwicklung folgt; daß man in abstracto nicht annehmen kann: die Lage eines Gläubigers sey durch den Ausbruch des Concurses über das Vermögen seines Schuldners verschlechtert worden. Wären hier nicht blos Rechtsgründe zu erwägen, so können sogar Fälle vorkommen, die es räthlicher machen dürften, sich lieber in ein solches Gantverfahren einzulassen, als z. B. mit einem chikanösen Bürgen anzubinden. Stellt doch umgekehrt sogar Berlich [1]) die sonderbare Behauptung als einen Rechtssatz auf, daß das beneficium excussionis wegfalle, wenn der Hauptschuldner streitsüchtig und nicht gewohnt sey zu bezahlen! — Allein dergleichen Rücksichten der Klugheit haben auf die Entscheidung der Frage keinen Einfluß, ob der Bürge des Cridars gegen die Klage des Gläubigers nach dem Ausbruche eines Concurses über das Vermögen des Hauptschuldners die Einrede der Excussion oder Ordnung mit rechtlicher Wirkung vorschützen könne? — Mit andern Worten: ob die erfolglose Anmeldung und Durchführung der verbürgten Forderung im Concurse vorausgegangen seyn müsse, ehe der Bürge, soll er nicht jenes Schutzmittel entgegenstellen dürfen, belangt werden könne?

Eine directe Entscheidung unserer Frage können wir begreiflich im römischen Rechte weder suchen noch finden, weil demselben die Natur unseres heutigen Concurses unbekannt ist. Gleichwohl enthält es hierauf die Antwort, denn sie fußt mehr auf civil- als auf proceßrechtlichem Grunde.

§. 7.

Bekanntlich besteht das Verhältniß des Bürgen zu dem Gläubiger darin, da5 jener diesen bezahlen muß, wenn

1) cfr. ejus conclusiones pract. P. II. c. 24. n. 23.

der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkömmt. 2) Gezeigtermaßen kann man aber keineswegs behaupten, daß die Concursmasse der Principalobligation des Hauptschuldners nicht genügt habe, auch nicht entsprechen werde, so lange als der Gläubiger nicht einmal einen ausreichenden Versuch gemacht hat, ob nicht seine Befriedigung aus der Masse zu erlangen sey, indem er z. B. seine Anmeldung unterlassen und sich also darüber gar nicht erklärt hat, ob er von der Masse die Zahlung annehmen wolle, so daß er selbst es dieser ganz unmöglich gemacht hat, der Verbindlichkeit des Cridars — wozu es vielleicht nach Lage der Umstände an hinlänglichen Mitteln nicht gefehlt hätte — nachzukommen. Ja, wenn man auch berücksichtigt, daß derjenige, welcher nicht das Ganze zahlen kann, für insolvent gehalten werden muß, 3) so springt es doch in die Augen, daß die den Concurs bedingende Insolvenz keine absolute, sondern nur eine relative seyn kann. 4) Es würde also für schon bewiesen angenommen, wenn man so folgern wollte: „Weil Concurs ausgebrochen ist, so hat dieser Gläubiger keine Zahlung zu erwarten, und darum ist der Zweck und die Bedingung der Bürgschaft eingetreten. Beweist freilich der Gläubiger, daß er im Concurse seine Befriedigung durchaus nicht erlangen könne, so wird zwar die Einrede der Excussion ausgeschlossen; der Grund hiefür liegt dann aber nicht im Concurse an sich, sondern in der für den vorliegenden Fall wirklich vorhandenen Zahlungsunfähigkeit. 5)

2) Mackeldey's Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. Neunte Auflage. §. 438.

3) fr. 114. D. de V. S. 50. 16.

4) Dabelow, vom Concurse der Gläubiger. Halle, 1801. S. 535. not. g.

5) Glücks Pandectencommentar Th. 18. §. 1084. S. 383.

§. 8.

Wenn sich auch die Wirkung der Bürgschaft in Bezug auf das Rechtsverhältniß des Bürgen zu dem Gläubiger nicht eher äußern kann, als bis feststeht, daß der Hauptschuldner nicht gezahlt habe, so gehört es doch keineswegs zu ihrem Wesen, daß Letzterer erst ausgeklagt worden seyn müsse, bevor der Bürge belangt werden könne. Der Gläubiger kann vielmehr den Letztern sofort, relicto reo, in Anspruch nehmen. [6]) Dieser Grundsatz des strengen Rechts litt, nach Antonins Ausspruche, nur dann eine Ausnahme, wenn vertragsmäßig etwas anderes verabredet worden war. Eine solche Uebereinkunft liegt auch darin, wenn bestimmt worden ist (fidejussio indemnitatis), daß der Bürge nur für das haften solle und wolle, was der Gläubiger von dem Hauptschuldner nicht erlangen werde; denn obschon hier der Bürge die Gefahr der ganzen Schuld trägt, so soll er doch nicht eher belangt werden dürfen, als bis der Hauptschuldner fruchtlos ausgeklagt worden ist, weil hier die Obligation des Bürgen nach den über Bedingungen geltenden Grundsätzen beurtheilt werden muß. [7])

§. 9.

Was hiernach eine Wirkung ausdrücklicher oder stillschweigender, sich unter den factischen Voraussetzungen des besondern Falles von selbst verstehender Willkühr der Paciscenten war, das hat Justinian zu einem naturale, zu einer gesetzlichen und darum gewöhnlichen Folge jeder, auch der einfachen Verbürgung erhoben. [8]) Der

---

6) c. 5. C. de fidej. 8. 41.

7) fr. 116. D. de V. O. 45. 1,

8) Cujacii expositio novellarum ad nov. 4. Darum paßt auch der Unterschied nicht, welchen Einige — s. z. B. Boehmer, doctrina de actionibus. S. II. c. 8. § 42. — machen und nach

Kaiser verordnet nämlich in nov. 4. c. 1. daß sich der Gläubiger zuerst an seinen Hauptschuldner halten solle. »Si vero,« fährt er fort, »*non valuerit* a debitore recipere *aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere*, secundum hoc ad fidejussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat et ab illo, quod reliquum est, sumat.« Das rechtliche Verhältniß ist hier also durch das Gesetz dasselbe geworden, welches es gewesen seyn würde, wenn sich der Bürge ausdrücklich nur zu dem verpflichtet hätte, quanto minus (creditor) ab eo — (debitore) — consequi posset. Von dem Bürgen gilt also nunmehr durchgängig, was fr. 116. D. de V. O. 45. 1. von dem fidejussor indemnitatis sagt: *sub conditione* debet, si a (debitore) exigi *non* poterit. Jeder Bürge, qui, *an debiturus sit*, incertum est, *pendente stipulationis conditione recte conveniri non* potest. Von ihm *ante debitorem excussum* recte non petetur. [9])

§. 10.

Offenbar hat unsere Novelle nicht blos den Fall gänzlicher, sondern auch theilweiser Zahlungsunfähigkeit — also eine der Hauptvoraussetzungen unseres heutigen Concursprocesses — vor Augen; denn nur das, was der Gläubiger von dem Hauptschuldner ganz oder zum Theile nicht erlangen konnte, soll jener von dem Bürgen fordern dürfen. Um nun den Eintritt und den Umfang der bedingten accessorischen Obligation beurtheilen zu können, d. h. ob etwas und wie viel der Gläubiger von dem Bürgen verlangen dürfe, muß zuvor feststehen, daß er von dem Hauptschuldner

---

welchem der einfache Bürge, nachdem Concurs über das Vermögen des Hauptschuldners ausgebrochen ist, von der Einrede der Ordnung ausgeschlossen seyn soll, während dieselbe dem fidejussor indemnitatis zugesprochen wird.

9) fr. 116. D. cit.

gänzliche oder theilweise Zahlung nicht habe erlangen können, und daß es ihm, bei theilweiser Befriedigung, nur möglich gewesen sey, diese und keine höhere Summe von dem Hauptschuldner zu erhalten. Eine solche Nachweisung ist nicht füglich auf eine andere Weise zu bewirken, als dadurch, daß der Gläubiger die ihm zu Gebot stehenden gerichtlichen Zwangsmittel gegen den Hauptschuldner vergebens angewendet habe, — also ohne dadurch zu seiner vollen Bezahlung gekommen zu seyn. Diese factische Unmöglichkeit, überhaupt etwas oder doch mehr von dem Hauptschuldner zu erlangen, liegt jedoch nicht schon bei dem blosen Ausbruche eines Concurses über sein Vermögen, sondern erst bei dessen Beendigung vor. Da die Zufälle in jedem, zumal in einem nur einigermaßen verwickelten Rechtsstreite eine wichtige Rolle spielen und sich kaum wird im Voraus bestimmen lassen, ob und in wie weit es möglich sey, etwas auszurichten, so wird regelmäßig der Gläubiger seine Forderung an den Hauptschuldner bei dem Concursgerichte erst angemeldet und einen bis zum Ausgange des Gantverfahrens durchgeführten und gleichwohl fruchtlos gebliebenen Versuch der Verfolgung seines vollständigen Rechts gemacht haben müssen, ehe angenommen werden darf, daß die Bedingung zu einem Angriffe gegen den Bürgen eingetreten sey.

§. 11.

Dabei setzt freilich Justinian voraus, daß beide, Hauptschuldner und Bürge, anwesend seyen. Unter dieser Anwesenheit haben wir hier die Gegenwart an einem Wohnorte [10]) oder in einer Provinz [11]) zu verstehn: denn in unserer Novelle wird adesse als gleichbedeutend mit praesens dem abesse oder absens entgegengestellt. Denselben Wohnort oder dieselbe Provinz muß aber der Gläubiger mit dem

10) fr. 173. §. 1. fr. 199. pr. D. de V. S. 50. 16.
11) c. 12. C. de praesc. long. temp. 7. 33.

Hauptschuldner und Bürgen theilen. Sonst könnte es nicht heißen: »si quidem praesentes *ei* (scil. creditori) *et* principalis *et* intercessor etc.« Nur unter dieser Voraussetzung war es für den Gläubiger gleich leicht, den Einen oder den Andern zu belangen. So lange als dieselbe zutraf, schien es billig, daß der Hauptschuldner zuerst verklagt würde. Anders gestaltete sich die Sache, wenn nur der Bürge anwesend (adsit), der Hauptschuldner hingegen abwesend war, so daß also der Gläubiger bei strenger Festhaltung unbedingter Nothwendigkeit der Vorausklage unbilliger Weise hätte genöthigt werden müssen, an einem andern Orte, d. h. nicht an demselben, wo er und der Bürge nach wie vor sich befanden, sondern an dem, an welchen sich der Hauptschuldner später hinbegeben hatte, sein Recht zu verfolgen. „Si vero intercessor *adsit,* principalem vero *abesse contigerit,* acerbum est, creditorem *mittere alio.*"

§. 12.

Sollte aber auch unter der hier erwähnten Anwesenheit die Möglichkeit der Rechtsverfolgung [12] begriffen seyn, so ist dieselbe durch die Eröffnung eines Concurses weder aufgehoben, noch, wie oben gezeigt wurde, im Allgemeinen erschwert. Das Corps der Gläubiger ist in die activen Vermögensrechte des Gemeinschuldners eingetreten. [13] Sollte es auch, gegen Linde's [14] und Martins [15] Meinung, den Cridar in passiver Hinsicht nicht vorstellen, [16] sondern die Activmasse als das verbindliche Subject zu betrachten seyn, [17] so ist doch zu erwägen, daß der Contradictor

12) fr. 124. §. 1. fr. 209. D. de R. J. 50. 17.

13) Gensler in diesem Archive. Thl. 2. S. 350. Schweppe's System des Concurses der Gläubiger. 3. Aufl. §. 59.

14) Lehrbuch des Civilprocesses. 2. Aufl. §. 434.

15) Lehrbuch des Civilprocesses. 10. Aufl. §. 322.

16) Schweppe a. a. O.

17) Wie Gensler a. a. O. will.

die Stelle des Gemeinschuldners versieht [18]) und daß jener Begriff der Anwesenheit durch diese verschiedenen Formen der Repräsentation bei Anstellung einer Klage (dem Liquidiren) keine juristisch=bedeutsame Aenderung erleidet.

§. 13.

Selbst wenn der Cridar flüchtig geworden oder gestorben ist, wird das Forum seines Wohnorts oder seiner Erbschaft — die seltenen und weniger wichtigen Fälle eines Particularconcurses abgerechnet — über die Zuständigkeit des Concursgerichts entscheiden. [19]) Der Gläubiger sollte aber durch die Bedingung der Anwesenheit lediglich darin gesichert werden, daß er nicht nöthig hätte, bei einem andern Gerichte, als dem des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Hauptschuldners zu klagen; denn nur in der Veränderung des anzugehenden Gerichts wurde eine Härte erkannt und blos um jener willen wurde eine Abweichung von der Regelmäßigkeit der Vorausklage zugelassen (acerbum est, mittere alio). Eben so consequenter Weise wurde auch dem Bürgen verstattet, principalem deducere, d. h. den Hauptschuldner herbeizuschaffen, [20]) ihn in dem *foro* zu stellen, welches für ihn ohne seine Entfernung, also im Falle seiner ununterbrochenen Gegenwart, zuständig gewesen wäre; denn dann sollte mit dem wegfallenden Grunde auch die Disposition wegfallen, weßhalb der Bürge ausnahmsweise sollte sofort angegriffen werden dürfen — folglich hängt Alles von der

---

18) Mittermaiers gemeiner deutscher bürgerlicher Proceß. B. III. S. 213.

19) Schweppe a. a. O. §. 92.

20) Nach Brissonius — de verborum significatione s. h. v. in f. — kömmt deducere auch in der Bedeutung von e longinquo accire seu accessere vor. Vorzugsweise bezeichnet deducere in der Rechtssprache bekanntlich das Anhängigmachen einer Sache bei Gericht. Vergl. nov. 99. c. 1.

Möglichkeit der Rechtsverfolgung vor demselben Gerichte ab. Da nun das jetzt noch geltende Recht — anders das römische, besonders das vorjustinianische [21] — ohne Einschränkung bei allen juristischen Handlungen Repräsentation zuläßt, [22] auch bereits das classische römische Recht sogar einen procurator *praesentis* kennt, [23] so ist es begreiflich, daß nicht die Verhandlung des Rechtsstreits durch den Hauptschuldner in Person bezweckt worden ist, also seine Anwesenheit zu diesem Behufe nicht erfordert worden seyn kann. Hiernach darf die durch seine Entfernung herbeigeführte Abweichung von der Nothwendigkeit der Vorausklage nicht aus einer auf solche Weise zufällig, keineswegs durchgreifend erschwerten Rechtsverfolgung überhaupt, sondern nur aus der durch das Aufgeben seines Wohnorts regelmäßig entstehenden Unannehmlichkeit, einen andern Richter angehen zu müssen, erklärt werden. Wo eine Veränderung des letztern — wie durch den Concurs — für den Gläubiger nicht eintritt, da fällt auch die Ursache weg, wegen deren er außerdem den Bürgen ohne vorausgegangene Excussion des Hauptschuldners sollte belangen dürfen.

§. 14.

In Verbindung mit diesem Erklärungsversuche muß auch der in der angenommenen Möglichkeit, bald den Bürgen zu belangen (cum *possit mox* intercessorem — exigere) aufgestellte Gegensatz von der als Entscheidungsgrund hervorgehobenen Härte, den Gläubiger an einen andern Ort zu verweisen (creditorem mittere *alio*), nur als eine Folge des vom Hauptschuldner veränderten, vom Bürgen aber

---

21) S. darüber eine vortreffliche Abhandlung in Bethmann-Hollwegs Versuchen über einzelne Theile des Civilprocesses. S. 138 fg.

22) c. 68, 72. de R. J. VIto 5. 12.

23) frag. Vatic. §. 331. fr. 79. D. de V. O. 45. 1. verglichen mit c. 7. C. Th. de cognit. et procurat.

beibehaltenen Aufenthaltsortes betrachtet und nicht in der durch die Entfernung des Hauptschuldners entstandenen Erscheinung der Rechtsverfolgung und Durchführung im Allgemeinen, sondern nur in der vereitelten Aussicht, ihn ohne größern Zeitverlust im Gerichte seines bisherigen Wohnorts verklagen zu können, gesucht und gefunden werden. Es sollte also nicht sowohl die rücksichtslose Besorgniß einer längern Dauer des Processes überhaupt, als vielmehr nur in der durch ein anderes *forum* hervorgebrachten bestimmten Beziehung ausgedrückt werden.

§. 15.

Uebrigens nimmt unsere Novelle keineswegs an, daß der Aufenthaltsort des abwesenden Hauptschuldners unbekannt sey. Wäre sie vom Gegentheile ausgegangen, so würde sie weder von einer Verweisung des Gläubigers an einen andern, also doch irgend bestimmbaren, ja bestimmten Ort, noch von der Befugniß des Bürgen, den Hauptschuldner herbeizuschaffen, haben sprechen können. Dadurch, daß ein solches Recht ausdrücklich von seiner Willkühr abhängig gemacht worden ist (judex det tempus intercessori *volenti*, principalem deducere), ist die Möglichkeit zugegeben worden. Die Verschollenheit gilt also nicht als nothwendiges Erforderniß.

§. 16.

Dreht sich hiernach Alles um die Veränderung des Gerichtsstandes, so ist es auch in Folge des Successions- und Repräsentationsverhältnisses rechtlich einerlei, ob der Gemeinschuldner selbst oder an seiner Statt ein rücksichtlich seiner Vermögensrechte für ihn eingetretenes anderes Subject die Wahrheit und Rechtsbeständigkeit der Liquidation prüft, wenn dieß nur in demselben Gerichte geschieht, bei welchem die Klage aus der verbürgten Forderung auch ohne den Ausbruch eines Concurses hätte angebracht werden dürfen.

Die für den Concurs wesentliche Concurrenz anderer Ansprüche, ja selbst eine Collision mit denselben, welche letztere zwar im Gantverfahren häufig einzutreten pflegt, aber doch immer nur zufällig bleibt, kann außerhalb desselben auch vorkommen. Die Prioritätsstreitigkeiten bringen daher hier nichts Eigenthümliches mit sich.

§. 17.

Wenn beide, der Hauptschuldner und Bürge, anwesend sind, so soll in jedem Falle und ohne Ausnahme die vorgeschriebene Verbindlichkeit, jenen zuvörderst auszuklagen, beobachtet werden (hoc omni servetur modo). „Omni modo" bezeichnet nämlich so viel, als „in jedem Falle." [24]) Auch deutet es an, daß eine Einrede ausgeschlossen sey, [25]) daß ein Satz in jeder Beziehung, [26]) ohne Ausnahme, [27]) ohne Unterschied, [28]) schlechterdings gelten [29]) soll. Aus fr. 29. §. 1. D. qui test. fac. poss. 28. 1. erhellet namentlich, daß: „omnino valere" eben so viel bezeichnet, als „quocunque ratione poterit." Es kann daher wohl nicht bezweifelt werden, daß Justinian in unserer Novelle mit der Vorschrift: „hoc omni servetur modo", ein ausnahmloses Durchgreifen der von ihm aufgestellten Regel, daß er deren strenge Beobachtung und Festhaltung einschärfen und die von ihm durch das Erforderniß der Anwesenheit beigefügte Modification auf diesen Fall beschränken, folglich die Ausschließ-

24) fr. 61. §. 3. D. de furt. 47. 2. fr. 8. §. 1. D. de Scto. Sil. 29. 5. fr. 33. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

25) c. 8. C. de non num. pec. 4. 30.

26) fr. 49. §. 2. D. de pecul. 15. 1.

27) fr. 36. D. de stip. serv. 45. 3.

28) fr. 18. D. de adim. leg. 34. 4. Diese Bedeutung ergibt sich aus den Worten: „nec distinguimus", weil die Verwerfung des Unterschieds nur als eine Folge des mit omni modo bestärkten Satzes behandelt wird.

29) fr. 1. §. 1. D. de vent. in poss. mitt. 37. 9.

lichkeit desselben herausheben wollte. Darum ist denn auch die in dem folgenden Satze enthaltene Andeutung, daß, wenn der Bürge anwesend sey, der Hauptschuldner aber nicht, jener ohne Weiteres belangt werden könne, nicht sowohl als eine gesetzliche Vorschrift durch verba *dispositiva* bezeichnet, sondern nur als eine einfache, sich gewissermaßen von selbst verstehende Folgerung ausgedrückt worden.

§. 18.

In der That umfaßt auch dieser Satz keineswegs eine Ausnahme von der Regel, sondern lediglich eine weitere Entwicklung, eine Anwendung ihrer bedingten Eigenschaft. Er spricht blos als Folge des Wegfalls der Bedingung, der Anwesenheit, die wegfallende Nothwendigkeit der Vorausklage aus. Dieser Schluß ist gar nicht als eine selbstständige, gesetzliche Anordnung zu betrachten, denn er hebt lediglich die sich von selbst verstehende Wirkung des Gegentheils von dem hervor, was vorher unter einer gewissen, aber hier nicht eingetretenen Voraussetzung vorgeschrieben worden war; — mithin enthält er gar nichts Neues. Er hätte füglich ganz wegbleiben oder doch sehr kurz angedeutet werden können. Daß dieses nicht geschehen ist, darf uns bei der bekannten Weitschweifigkeit des redseligen Kaisers nicht auffallen. Hieraus erklärt es sich auch, warum er einen eben durch die Abwesenheit herbeigeführten und bedingten Nachtheil formell als einen für sich bestehenden Grund behandelt, d. h. warum er die Härte, den Gläubiger anderswohin zu verweisen, als Motiv für den Wegfall der Excussion anführt. In diesem Grunde lag die Veranlassung für den Gesetzgeber, weßhalb er die Nothwendigkeit einer Vorausklage von der Anwesenheit des Hauptschuldners abhängig machte. Derselbe gehörte daher — sollte er einmal angegeben werden — an die Spitze der beigefügten Modificationen, nicht aber dahin, wo nur ein hieraus gezogenes und hierauf gestütztes Ergebniß jener Beschränkung bemerklich

gemacht werden sollte. Hätte er sich aber auch dort befunden, so enthält er doch kein Princip, sondern nur ein Motiv für die aufgestellte Bedingung, d. h. für das Erforderniß der Anwesenheit. Diese Bedingung, positiv und negativ ausgedrückt, ist allein die eigentliche Disposition. Jenen Grund aber auf jede Härte, welche durch die vorgängige Ausklagung des Hauptschuldners in Vergleichung mit der sofortigen Klagbarkeit gegen den Bürgen für den Gläubiger eintreten könnte, auszudehnen, dazu sind wir weder berechtigt, noch genöthigt. Abgesehen nämlich davon, daß wir dann ganz einer bodenlosen, unbegränzten Willkühr und den Schwankungen einer blos von subjectiven Ansichten abhängigen, schwächlichen sogenannten Billigkeit Preis gegeben seyn würden, so handelten wir dadurch ganz gegen den Geist und den Zweck der Novelle. Nicht der Gläubiger, sondern der Bürge sollte gegen die Strenge des alten Rechts durch das beneficium ordinis geschützt werden. Nur in einem Falle glaubte der Kaiser vermöge der von ihm festgehaltenen Voraussetzung, von der dem Bürgen zugesicherten möglichsten Schonung aus strenger Consequenz abweichen zu müssen. Von dem ausschließlichen Falle der Abwesenheit des Hauptschuldners dürfen wir um eines Grundes willen nicht abweichen, der ohnehin nur zufällig und beiläufig erwähnt wurde.

§. 23.

Mit Recht warnt Thibaut [29]) gegen eine Auslegung, welche nicht wegen gleicher, sondern blos wegen ähnlicher Gründe eine Ausdehnung rechtfertigen will: denn letztere darf sich lediglich auf Gleichheit des völlig gewissen Zweckes und Rechtsgrundes stützen [30]). Muß

29) in seiner Theorie der logischen Auslegung. 2te Ausg. §. 17.

30) Wening-Ingenheim's Lehrbuch des Civilrechts. 4te Auflage. B. I. §. 16. Hufeland über den Geist des römischen Rechts. Th. I. S. 186.

uns nun schon die correctorische Natur unserer Novelle bedenklich machen, so muß dieß noch weit mehr geschehen, da sie auf das deutlichste erklärt, daß die Abwesenheit ausschließend den Wegfall der Vorausklage bedingen soll und daß keine andren Gründe eine solche Abweichung von der Verbindlichkeit zur Vorausklage sollen rechtfertigen dürfen [31]. Uebrigens enthält das Gesetz eine Abänderung der sonst geltenden allgemeinen Vorschrift, es begründet für und resp. gegen denselben ein sogenanntes jus singulare. Hierbei findet aber gleichfalls keine ausdehnende Erklärung statt [32]. Deshalb müssen wir uns streng an die Worte halten.

§. 24.

Ueber die Worte der nov. 4. hinauszugehen, dazu werden wir auch nicht durch nov. 99. befugt: denn streng genommen redet letztere gar nicht von eigentlichen Bürgen, sondern von mehreren Hauptschuldnern. Indem sie ihnen die Einrede der Theilung nachläßt und bestimmt, wo von diesem Rechtsmittel kein Gebrauch solle gemacht werden können, dürfen diese Ausnahmsfälle mit den Fällen, in welchen die Einrede der Ordnung verworfen ist, nicht identificirt werden: denn hier sind die Verhältnisse wesentlich andere, als dort. In nov. 4. wird die Reihefolge, in nov. 99. das Beitragsverhältniß bestimmt, in nov. 4. wird das Klagrecht aus einer fremden, blos accessorisch übernommenen, in nov. 99. aus einer eigenen, selbstständigen Hauptverbindlichkeit abgeleitet. Jene ordnet die Beziehungen zwischen dem Gläubiger auf der einen, so wie dem Hauptschuldner und Bürgen auf der andern Seite. Diese entscheidet über ein Verhältniß des Creditors zu mehreren *reis* promittendi. Wenn sich also auch nov. 99. nicht begnügt hat, die absentia als einzigen Abschließungsgrund

---

31) Hufeland a. a. O. S. 191.

32) fr. 141. D. de R. I. 50. 17. fr. 14. D. de leg. 1. 3

der Einrede der Theilung aufzustellen, so folgt schon aus der hervorgehobenen Verschiedenheit die Unanwendbarkeit der in derselben enthaltenen Vorschriften auf ein ganz anderes Rechtsverhältniß. Diese Verschiedenartigkeit hat auch Justinian selbst gefühlt, denn indem er im Eingange der Vorrede zur nov. 99. von der nov. 4. ruhmredig spricht, setzt er hinzu, daß ihm gegenwärtig auch noch etwas anderes der Erläuterung und eines Zusatzes bedürftig scheine (*in praesenti* vero *et aliud* nobis visum est egere quadam explanatione et incremento). Er gibt dadurch deutlich zu erkennen, daß nov. 4. unabhängig und selbstständig neben nov. 99. fortbestehen solle, weil sich letztere mit einem ganz andern Gegenstande beschäftige. Von einfachen „Bürgen" übrigens kann nov. 99. nicht verstanden werden, denn sonst enthielte sie etwas Ueberflüssiges, weil da das beneficium excussionis schon in nov. 4., das beneficium ordinis aber seit der epistola Hadriani für dieselben begründet war [33]. Nach der Usualinterpretation [34] und der Praxis [35] redet nov. 99. von der Rechtswohlthat der Theilung. Wer aber auch mit Asverus [36] Donell's Meinung folgt und das Gesetz nur von einer Erweiterung des den einfachen Bürgen in nov. 4. eingeräumten beneficii *excussionis* in Bezug auf solche Correalschuldner, die sich wechselseitig verbürgt haben, versteht, wird finden, daß die ob- und subjective Verschiedenheit beider Novellen keine durchgreifende Vereinigung und keine auf Gleichheit der Disposition sich stützende Folgerung von der nov. 99. rückwärts auf nov. 4. zuläßt.

---

33) de Schroeter diss. de sponsoribus, fide promissoribus et fidejussoribus. Jenae 1822. p. 36.

34) Mackeldey a. a. O. §. 330. not. a).

35) Glück's Pandektencommentar. Th. 4. §. 339.

36) cfr. ejus specimen inaugurale ad hanc novellam. Jenae 1822.

§. 25.

Bekanntlich steht dem Bürgen das Recht zu, zu verlangen, daß ihm, bevor er zahle, der Gläubiger die Klage gegen den Hauptschuldner abtrete [37]. Hat sich der Gläubiger im Concurse gar nicht gemeldet, oder seine Anmeldung nicht gehörig fortgestellt, ist er deshalb präcludirt worden, so wird er seine Klage entweder gar nicht oder doch nicht mit voller Wirksamkeit dem in Anspruch genommenen Bürgen cediren können. Jenes nicht, wenn nach Particulargesetzen oder nach der, freilich irrigen [38] Meinung älterer Rechtsgelehrten [39] angenommen wird, daß die Präclusion gänzlichen Verlust des Rechts, oder doch der Klage, nach sich ziehe; dieses nicht, wenn auch nur Ausschluß von der Masse bewirkt wird, denn, um an den Fall einer insolventen Erbschaft nicht zu erinnern, wie selten erholt sich der Gemeinschuldner so, daß er den präcludirten Ansprüchen nach gerecht werden kann, während dieselben bei gehöriger Anmeldung und Durchführung in den meisten Concursfällen, wo nicht zur gänzlichen, doch zur theilweisen Befriedigung gelangt seyn würden! Zwar wird man sagen, daß ja ohnerachtet des ausgebrochenen Concurses die Cession der Klage erfolgen und daß sich der Bürge im Gantverfahren mit der ihm abgetretenen Forderung melden könne, allein diese Ansicht läßt sich nur rechtfertigen, wenn er von dem Gläubiger vor eingetretener Rechtskraft des Präclusivbescheides belangt worden ist und die Abtretung der Klage erwirkt hat; denn nur dann kann er als Cessionar noch auftreten. Freilich wird er in der Regel kraft eigenen Rechts mit der actio mandati oder negotiorum gestorum den Hauptschuldner belangen [40], oder in dem über das Vermögen

37) fr. 17. 39. D. de fidej. 46. 1. c. 21. C. eod. 8. 41.

38) Schweppe a. a. O. §. 117. Puchta über den Concursproceß. §. 166.

39) z. B. Leyser medit. ad Pandect. Spec. 490. m. I.

40) Wening-Ingenheim a. a. O. B. III. §. 360.

desselben ausgebrochenen Concurse auftreten dürfen; allein dieser Ausweg ist ihm nicht nur benommen, so lange als der Gläubiger während des Concurses noch nicht einmal gegen ihn Klage erhoben hat, wenn er sich weder dadurch noch sonst veranlaßt gesehen hat, für den Hauptschuldner zu bezahlen, und wenn während dieses Zwischenraums der Präclusivbescheid ertheilt worden seyn und die Rechtskraft beschritten haben sollte, sondern es gibt auch Fälle, wo ein solcher Regreß aus eigenem Rechte ganz ausgeschlossen [41]), oder wo doch das Recht des Gläubigers mit eigenthümlichen Vorzügen versehen ist. Dort wird denn die Verfolgbarkeit des Anspruchs überhaupt, hier entweder die Möglichkeit, kraft des Vorzugsrechts, irgend Etwas im Concurse zu erlangen, oder doch der Grad der Wahrscheinlichkeit, eine größere Dividende zu erhalten, durch die Cession bedingt.

§. 26.

Deshalb wird selbst von denjenigen, welche die Einrede der Ordnung um der bloßen Existenz eines Concurses willen ausschließen, gleichwohl zugegeben, daß sich der präcludirte Gläubiger an den Bürgen nicht halten dürfe, wenn Jener nicht zu zeigen vermöge, daß die Anmeldung im Concurse doch zu keiner Befriedigung geführt haben würde, oder daß der Bürge Verzicht auf die Cession geleistet habe [42]).

Dies erhält seine volle Bestätigung aus nov. 4., denn nach dem Schlusse des ersten Capitels soll die Einrede der Ordnung ausgeschlossen seyn, wenn es dem Bürgen nicht gelungen ist, innerhalb der bestimmten Frist den abwesenden Hauptschuldner herbeizuschaffen. Erst dann hat der Proceß gegen den Bürgen seinen Fortgang, erst dann kann von ihm unmittelbar die Bezahlung der Schuld verlangt werden —

41) Wening-Ingenheim a. a. O.

42) Schweppe a. a. O. §. 117. Puchta a. a. O. §. 166. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. 4te Aufl. §. 115.

jedoch auch dann nur unter der Voraussetzung, daß ihm der Gläubiger zuvor die Klage gegen den Hauptschuldner abgetreten habe (a creditoribus actionibus sibi cessis).

§. 27.

Glaubt man, die fortdauernde, nicht zu beseitigende absentia mit einem Concurse vergleichen zu dürfen, so wird man auch zugestehen müssen, daß der Bürge hier ebenfalls vorerst die Abtretung der Klage von Seiten des Gläubigers gegen den Cridar verlangen könne, und daß sich der Creditor, will er sein Ziel gegen den Bürgen erreichen, nicht durch seine Schuld außer Stande befinden dürfe, dem Antrage des Bürgen auf Cession in wirksamer Weise zu genügen. Er kann also den Bürgen nur zu einer Zeit belangen, zu welcher es diesem noch möglich ist, die abgetretene Forderung des Gläubigers in dem über das Vermögen des Hauptschuldners ausgebrochenen Concurse gehörig anzumelden, oder, wenn dies schon vorher geschehen seyn sollte, weiter zu verfolgen. Verspätet sich hierbei der Gläubiger, so setzt er sich der Gefahr aus, daß ihm der Bürge keine Zahlung zu leisten braucht, weil er mit Erfolg dem Zwecke des beneficium cedendarum actionum nicht entsprechen kann. In den gewiß nicht seltenen Fällen der angenommenen Säumigkeit wird also der Gläubiger gar nicht zu seiner Befriedigung gelangen und der Bürge mithin auf einem andern Wege und durch einen andern Rechtsgrund in Folge des Concurses von den Ansprüchen des Gläubigers gänzlich befreit werden, während ihm die Einrede der Ordnung nur Aufschub gebracht hätte. Die exceptio cedendarum actionum geht dann aus einer dilatorischen in eine peremtorische über [43].

§. 28.

Das practische Resultat steht daher fest, daß der Ausbruch eines Concurses das Rechtsverhältniß des Gläubigers

---

43) Rivini series exceptionum dilatoriarum. c. 39. n. 4.

gegen seinen Bürgen juristisch nicht begünstigt. Sollte sich dieser wirklich nicht auf die rechtliche Nothwendigkeit, den Hauptschuldner erst auszuklagen, berufen dürfen, so wird ihn doch meistentheils eine vom Gläubiger verschuldete Verhinderung im wirksamen Gebrauch das beneficium cedendarum actionum schützen.

So lange als der Concurs noch nicht ausgebrochen ist, wird sich der Gläubiger bei der alsdann ganz unbestreitbaren und einleuchtenden Regelmäßigkeit der nothwendigen Vorausklage zunächst an den Hauptschuldner halten müssen. Ist aber der Concurs eröffnet worden, so wird er eben durch jene Rechtswohlthat der Klagenabtretung sehr häufig, ja fast immer genöthigt seyn, selbst seine Forderung im Concurse zu liquidiren: denn gibt man auch die Verwerflichkeit der Einrede der Excussion zu, so werden doch in vielen Fällen factische Schwierigkeiten dem Gläubiger kaum erlauben, zwischen der Eröffnung des Gantes und dem Liquidationstermine gegen den Bürgen so schnell zu klagen, daß der Gläubiger seine Klage gegen den Hauptschuldner mit der Aussicht auf die Möglichkeit ihres Erfolgs und ihrer zeitigen Anmeldung dem Bürgen abtreten könnte. Hat aber der Gläubiger seine Forderung im Concurse angemeldet, und durch eine solche schlüssige Handlung seinen Willen und seine Ueberzeugung, auf diesem Wege von der Vermögensmasse des Hauptschuldners Etwas zu erlangen, an den Tag gelegt; so kann der Bürge um so eher die Einrede der Ordnung vorschützen, und mit unserer Novelle sagen: si inde receperit, ab aliis abstineat; quid enim ei in extraneis erit, a debitore completo? Erst si non *valuerit a debitore* recipere aut in partem aut in totum, *secundum quod* ab eo *non potuerit* recipere, *secundum hoc* ad *fidejussorem* veniat et ab illo, quod reliquum est, sumat. Im Falle der bewirkten Anmeldung entsteht jedoch für den Gläubiger eine neue Schwierigkeit, weil mit der Litigiosität die Befugniß zur Cession wegfällt [44]) — ein Satz,

44) c. 2. 3. 4. C. de litig. 8. 36.

dessen gerichtsgebräuchliche Anwendbarkeit nicht geradezu geläugnet werden kann [45]).

§. 29.

Sollte es durch den bisherigen Versuch gelungen seyn, die Gründe zu widerlegen, mit welchen der neueste Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung [46]) seine Ansicht unterstützt hat, so dürfte es schon ein gewisses Vorurtheil gegen die letztern erregen, daß Sell einen Mittelweg einschlägt, und, je nachdem ein Concurs eine längere oder kürzere Dauer droht, unsere Frage bejaht oder verneint: denn hier ist es nicht der Ausbruch des Concurses an sich, sondern die Individualität des einzelnen Falles, wovon die Entscheidung abhängt. Es fehlt also an einem festen, einfachen, gleichen Principe.

Wer soll, wer kann aber die Dauer eines Gantverfahrens im Voraus bestimmen? Bald hängt dieselbe von der mehr oder weniger großen Schwierigkeit der Eruirung der Activmasse, bald von dem Aufenthalte, welchen der zum Behufe der Liquidität auferlegte Beweis nach sich zieht, bald endlich von den Prioritätsstreitigkeiten ab. Tausend Zufälle, die sich bei dem unbegränzten Reiche der Möglichkeiten im Voraus gar nicht mit einiger Sicherheit berechnen, ja nicht einmal aus dem Gesichtspuncte der Wahrscheinlichkeit übersehen lassen, üben hier ihre Macht. Selbst wer nur eine geringe Erfahrung gemacht hat, der wird wissen, daß anscheinend sehr verwickelte Concurse sich eben so oft gegen alle Erwartung schnell durch Vergleiche oder auf andere Weise erledigten, als andere, deren angenommene Einfachheit ein baldiges Ende ohne Schwierigkeiten versprach, plötzlich auf unvermuthete und schwer zu lösende, fast immer aber mit großem

---

45) Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte. 2te Aufl. §. 31. S. 378.

46) Sell in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Th. 3. S. 243 — 257.

Zeitverluste verknüpfte Hindernisse stießen. Eine für unbestritten gehaltene Activforderung, die vielleicht den einzigen oder doch den hauptsächlichsten Bestand der Masse bildet, kann plötzlich in Zweifel gezogen und erst nach Jahren ausgeklagt werden, während eine andere, welche einen weitaussehenden Proceß fürchten ließ, ohne Aufenthalt eingeräumt und bezahlt wird. Manchem Liquidanten mag vor dem Beweise gebangt haben, welchen er im Leugnungsfalle dem Contradictor gegenüber glaubte erbringen zu müssen — dieser gesteht ohne Weiteres, während er vielleicht bei einem andern Gegner, der sich zuversichtlich auf seine Beweismittel stützte, verneinend antwortet und der Beweis, nach langem Hin- und Herschreiben, aus formellen oder materiellen Gründen verfehlt wird. Nicht selten scheinen die abweichenden Behauptungen hinsichtlich der Priorität und die Kampflust der Liquidanten beim Beginnen des Processes den erschöpfendsten Gebrauch der Rechtsmittel fürchten zu lassen — und doch beruhigen sie sich sofort bei dem ersten Urtheile, während eben so oft das umgekehrte Verhältniß stattfindet.

§. 30.

Und wie schwankend ist die Begriffsbestimmung von langer und von kurzer Dauer! Woran soll der Maaßstab gelegt werden? Es gibt keine Normalzeit, innerhalb welcher ein Concurs beendigt seyn müßte oder auch nur beendigt zu werden pflegte. Was in Bezug auf den reichen Gläubiger eine kurze Zeit ist, das scheint bei dem armen eine Ewigkeit. Eben so verhält es sich rücksichtlich des Bürgen, ja selbst der Persönlichkeit des Richters. Ein rascher, thätiger, vielleicht sogar ein ungeduldiger Mann wird das Ende eines Concurses, welches nach der Meinung seines schlaffen, trägen Collegen, schnell herbeigeführt worden ist, weit hinausgeschoben finden.

Nebenbei kommt noch in Betracht, daß die Beurtheilung der Probabilität eine genaue Uebersicht des *ganzen* Umfanges eines Concursprocesses nach allen seinen Richtungen hin, eine

muthmaßliche Berechnung hier der Nachlässigkeit, dort des Fleißes im Sachbetriebe, hier der Chicane, dort der redlichen Streitführung, eine Bekanntschaft mit den in der Regel weder überhaupt noch zu jeder Zeit offen vorliegenden Mitteln der Partheien, den Streit früh oder spät zu beendigen, und endlich einen sehr scharfen Blick in die Gesammtheit der thatsächlichen und rechtlichen Verwickelungen erfordert, — einen Blick, dessen Befund dennoch bei der in den Instanzen der Rechtsmittel erfahrungsmäßig herrschenden Verschiedenheit der Meinungen im endlichen Erfolge nur allzuleicht unbestätigt bleibt. In welcher Lage des Processes kann und soll eine solche Beurtheilung möglich seyn? Wie wenige mögen die dazu erforderlichen Fähigkeiten besitzen! Wie Viele werden aus Unverstand, Leichtsinn oder übertriebener Aengstlichkeit entweder ein non liquet, d. h. gar nicht ihre Ansicht oder eine falsche aussprechen!

§. 31.

Wollte und dürfte man sich aber auch über alle diese nahe liegenden und wichtigen Bedenken hinaussetzen, so möchte doch das Verfahren, welches Sell erwähnt, mannichfachen Ausstellungen unterliegen. Man muß nämlich erwägen, daß die Stellung unserer Frage das Daseyn eines Concurses voraussetzt.

Die Klage stützt sich jedoch auf nichts mehr und auf nichts weniger als blos auf die Bürgschaft. Die bewirkte Anzeige der Forderung im Concurse und die, wirkliche oder nur muthmaßliche, Erfolglosigkeit dieses Schrittes gehört nicht zu dem Grunde der Klage [47]), wie Sell glaubt, vielmehr enthalten jene Angaben blos eine anticipirte Replik. Dagegen macht es sich nöthig, daß der Bürge zur Ablehnung der wider ihn von dem Gläubiger erhobenen Klage die Einrede der

47) Martin der ältere, in seines Sohnes Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen. Bd. 2. S. 298.

Excussion ausdrücklich und namentlich entgegensetzt: denn er darf nicht darauf rechnen, daß der Richter ein solches Schutzmittel, der Verhandlungsmaxime und der freien Dispositionsbefugniß der streitenden Theile zuwider, also unzulässiger Weise, ergänzen werde [48]. Um der Einrede zu begegnen, wird sich der Kläger auf die Replik, daß der ausgebrochene Concurs eine späte Beendigung drohe, stützen müssen, weil die Nothwendigkeit der vorgängigen Vorausklage die gewöhnliche Folge des rechtlichen Verhältnisses zwischen dem Gläubiger und Bürgen ist. Sie tritt also so oft und so lange ein, als nicht dargethan werden kann, daß sie ausnahmsweise unzulässig sey. Die Behauptung einer solchen Ausnahme und der dieselbe begründenden Thatsachen muß von dem, welcher seinen ersten Angriff, die Klage, gegen die gebrauchte Vertheidigung selbstständig schützen will, also mittelst einer eigentlichen Replik [49]) aufgestellt und im Leugnungsfalle bewiesen werden. An diesen Grundsätzen ändert sich nichts, wenn auch die Replik, unklugerweise und gegen die Regel [50]), im Libelle anticipirt worden seyn sollte: denn man darf, wie gesagt, die lange Dauer des Concurses keineswegs mit Sell zum Klagfundamente machen. Wird der hier geschilderte, ordnungsmäßige Gang der Dinge beobachtet, so wird häufig während der desfallsigen processualischen Verhandlungen die Zeit verstrichen seyn, innerhalb welcher der Gläubiger dem Bürgen die Klage gegen den Hauptschuldner hätte abtreten müssen, wenn sich der Bürge zeitig und gehörig im Concurse hätte sollen melden können [51]).

48) Martin a. eben a. O. S. 299.

49) Grolman's Theorie des gerichtl. Verfahrens. 5te Aufl. §. 177. Oeltzen's Anleitung zur gerichtlichen Praxis. 2te Aufl. §. 136. S. 196.

50) Martin's Lehrbuch des Civilprocesses. 10. Aufl. §. 145. Linde's Lehrbuch des Civilprocesses. 2te Aufl. §. 189.

51) vergl. hierüber oben die §§. 25, 26. 27. und 28.

§. 32.

Abgesehen von der eben erwähnten factischen Bedenklichkeit leuchtet es ein, daß der Gläubiger den Betrieb seiner von der spätern Beendigung des Concurses hergenommenen Replik und der Bürge den directen Gegenbeweis der kurzen Dauer — mit dem Gegenbeweise muß er aber, bekannten Grundsätzen nach, gehört werden! — nur auf die Concursacten wird stützen können. Diese sind das Beweismittel, aus welchem allein die Ueberzeugung von der Dauer des Gantverfahrens geschöpft werden kann und muß. Letztere werden also, wenn auch gemeinrechtlich nicht recognoscirt, doch selbst als öffentliche Urkunden producirt werden müssen [52].

Bei dem geschilderten Verfahren bleibt es, der Proceß zwischen dem Gläubiger und Bürgen mag vor demselben Gerichte, bei welchem der Concursproceß anhängig ist, oder bei einem andern geführt werden. In Bezug auf den zwischen dem Gläubiger und Bürgen anhängigen Proceß ist das Gantverfahren eine res inter alios acta, von welcher der Richter Amtswegen keine Kenntniß nehmen oder die ihm darüber bereits beiwohnende auf einen andern Rechtsstreit nicht übertragen darf: denn er hat nur zu bestimmen, daß und von wem, nicht aber, wodurch bewiesen werden solle. Nach der Verhandlungsmaxime darf er die Beweismittel nicht aufsuchen und deshalb namentlich keine Urkunden zu den Acten ziehen, auf welche sich der Beweisführer nicht berufen hat [53]. Der Beweis liefert nur eine relative, auf die Gränzen des gegenwärtigen Rechtsstreits und auf dieselben Partheien beschränkte Wahrheit [54].

---

52) Linde a. a. O. §. 286.

53) Puchta über die Gränzen des Richteramtes §. 16. S. 43.

54) Gensler in diesem Archive Theil I. S. 31. Linde a. a. O. §. 234.

§. 33.

Der Inhalt der Concursacten liefert die thatsächlichen Vordersätze, aus welchen erst auf die Dauer des Concursprocesses geschlossen werden soll. Folglich ist es immer Sache der Partheien, das Material für den Beweis jener Prämissen herbeizuschaffen und dadurch die rechtliche Möglichkeit eines solchen Schlusses zu begründen [55]). Man kann also mit Sell in keinem Falle sagen, daß es keiner Nachweisung bedürfe.

Wird aber auch der Bedingung der bezweckten Folgerung genügt, und entschließt sich der Richter, dieselbe zu ziehen, so wird doch der durch das Ergebniß der künstlichen Beweisführung auf den eigentlichen Beweissatz gezogene Schluß keinen vollständigen Beweis, also keine juristische Gewißheit liefern, denn so lange als das Gegentheil des Geschlossenen noch als möglich gedacht werden kann, wie bei dem, vom Wechsel des Zufalls und der Laune der Partheien abhängigen Ende eines Concurses immer angenommen werden muß, erzeugt der Schluß nur Wahrscheinlichkeit, blos eine sogenante menschliche Vermuthung [56]). Soll nun, nach Verschiedenheit des Grades des hierdurch gelieferten Beweises, derselbe entweder durch den Erfüllungseid vervollständigt oder durch den Reinigungseid aufgehoben werden, so ist doch zu erwägen, daß jeder Eidessatz nur bestimmte Thatsachen umfassen [57]), und daß in der Regel niemand etwas beschwören darf, wovon er keine gewisse Kenntniß hat, auch nicht haben kann und was er also (häufig ohne Grund) nur etwa glauben mag [58]). Darum wird auch, selbst wenn man den frei-

55) Gensler a. a. O. S. 34 u. 35. Grolman a. a. O. §. 83. a. E.

56) Gönner's Handb. des Processes. 2te Ausg. Th. 2. N. 27. §. 12. Gensler a. a. O. S. 36. Borst über die Beweislast. §. 35.

57) Martin a. a. O. §. 224. Linde a. a. O. §. 303.

58) Stryck de cautelis juramentorum. P. III. S. III. c. 6. n. 218—240. Malblanc de jurejurando. Edit. II. §. 11. f.

willigen Glaubenseid zuläßt, die Statthaftigkeit des Erfüllungs- oder Reinigungseides de credulitate mit Recht geleugnet [59].

§. 34.

Hier ändert sich nichts, wenn man auch den Richter als Zeugen auffaßt und ihm, weil er dann als Sachverständiger zu betrachten sey, ein Urtheil erlaubt [60]; denn abgesehen davon, daß es häufig — man denke an Einzelrichter! — nur eine Person seyn wird, auf deren Aussage hin die Entscheidung erfolgen soll, und daß eben so oft Zeuge und Richter coincidiren wird, so beruht ja auch der Inhalt seiner Angabe, der Grund seines Zeugnisses, der Natur der Sache gemäß, lediglich auf einem gewissen Glauben, Meinen oder Dafürhalten. Dies genügt jedoch keineswegs! denn die Aussage von Zeugen (Sachverständige mit eingeschlossen) kann nur dann von Gewicht seyn, wenn sie sich über ihr Wissen verbreiten [61]. Wer möchte seine Ueberzeugung darauf bauen, daß ein Dritter glaubt; es werde wahrscheinlich Dieses oder Jenes geschehen? Der Glaubende mag eine öffentliche oder eine Privatperson seyn, der Inhalt seines Zeugnisses eignet sich nicht zum Beweisgrunde [62].

Hiernach wird es also — wäre es auch relevant — gleichwohl kaum möglich seyn, die Dauer eines bestimmten Concursprocesses mit rechtlicher Gewißheit darzuthun.

---

59) Globig's Theorie d. Wahrscheinlichkeit. Th. II. S. 119. Glück's Pandektencommentar. Th. 12. §. 797. S. 232 und 233. Reinhardt's Handbuch des ordentlichen Processes. Th. 2. §. 238. S. 42 und 43.

60) Grolman a. a. O. §. 84.

61) c. 15. C. III. q. 9. Walch in seinem und Martin's Magazine für den bürgerlichen Proceß. H. 1. S. 86. not. f.

62) Hommel rhapsodia quaestionum. obs. 616. n. 7. obs. 681. n. 14. Glück a. a. O. S. 231. Reinhardt a. a. O. Th. I. §. 164. S. 318.